

LIMITES TEMPORALES DE LA LEY PENAL MILITAR

EDUARDO CALDERON SUSIN

1: La Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código penal militar, contiene en su artículo 4º varias prescripciones que parten de la formulación del principio de irretroactividad para, a renglón seguido, consignar, como excepción, la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable y, como última regla, establecer el régimen de aplicabilidad de las leyes temporales. Las disposiciones transitorias no hacen sino desarrollar la referida excepción a aquel principio.*

* Dice el artículo 4º que "Se aplicarán las Leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito. Sólo tendrán efecto retroactivo las posteriores que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor éstas, hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviere cumpliendo condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta, salvo que legalmente se disponga lo contrario".

Por su parte las disposiciones transitorias prescriben: la primera que "los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código de Justicia Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favorables para el reo en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del mismo"; la segunda que "serán rectificadas de oficio las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él, hubiese correspondido la absolución o una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial"; la tercera que "en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo".

Cuadernos de la Facultad de Derecho, 12 (PALMA DE MALLORCA 1985).

Sobre el conjunto de prescripciones del artículo 4º, así como de las previstas en los tres anteriores, cabe cuestionarse si era necesario su expresa mención en este Código penal militar; habiéndome ya pronunciado por la clara innecesariedad (1), en tanto que, al tratarse de reglas que son comunes a todas las leyes penales, se contradice, y puede empañar su recta inteligencia, el principio de especialidad que acuña el artículo 5º, pues en ninguno de los cuatro anteriores se recoge peculiaridad o particularismo alguno que diferencie la ley penal militar de la común; su sede es el Código penal y no este castrense, donde deben de calificarse de tautología. Por supuesto carecen de preceptos similares todas las leyes y códigos militares de los países más afines a nuestra cultura y de mayor calidad técnica.

Y, si innecesario, tampoco se atisba razón de peso alguna para predicar la conveniencia de su introducción, a no ser que todos estos preceptos obedezcan tan sólo a un deseo de ofrecer, en el pórtico del texto legal, una buena imagen a modo de operación plástica con la que salir al paso de una posible resistencia, o incluso rechazo, a las duras leyes penales militares; endeble argumento sería este pues, con no ser lugar para ello (2), se olvida, una vez más, algo tan elemental como que la brevedad y sencillez de una ley es virtud que debe adornarla por cuanto puede ganar en claridad (3).

En definitiva, no suponen estos artículos mayor armonía o cohesión en el ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, se introduce con ellos un material que, con carecer de utilidad alguna, puede más bien enturbiar la recta interpretación al tratarse en sí mismas de normas, y por ello eficaces, de alegación directa y aplicables por los tribunales; lo digo porque los preceptos en cuestión, copia no exacta (4) de los que ini-

(1) En "Comentarios de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar", Revista General de Derecho, nº 487, Valencia, abril 1985, págs. 908 y 911.

(2) Si algún "magisterio" debe tener la ley penal es de cara a la prevención de delitos, no para explicar en su texto la conveniencia o bondad de las normas; tales explicaciones no deben integrar propio material normativo; otra cosa son las memorias, exposiciones de motivos y la labor de la doctrina científica o de los divulgadores.

(3) Es una pena que todavía tenga que recordarse la recomendación de Beccaria de "hacer que las leyes sean claras y simples", en el capítulo 41 de su conocida obra "De los delitos y de las penas"; por citar alguna edición lo haré de una de las más accesibles: la de Alianza editorial colección "El libro de bolsillo" Madrid 1968, pág. 105. A la "brevedad y sencillez" como bien superior aludía Bentham en "Tratado de legislación civil y penal", Editora Nacional, Madrid 1981, pág. 299.

(4) La prolija exposición de motivos del Proyecto de Código Penal Militar hablaba de "identidad esencial" (apartado III, letra C).

ciaban el Proyecto de Código penal de 1980 y según parece sus inspiradores, no se desarrollan con idénticos términos en el Código penal común e incluso introducen, como veremos, alguna regla nueva, adelantándola (5).

Como cuestión previa, y no a humo de pajas como se verá, surge la de la entrada en vigor del Código penal militar que viene establecida, a fecha fija en su disposición final, para a partir de 1 de junio de 1986.

¿Por qué esta fecha?

Cuando en la primera quincena de septiembre de 1984 el Gobierno aprobó el Proyecto (6), se preveía la vigencia de las normas resultantes para el día 1 de septiembre del año siguiente; sin embargo, la publicación del Proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados (7), dos meses después, y el retraso en la tramitación derivada de la sentida necesidad de que debían existir paralelamente unas, también nuevas, normas disciplinarias, que se publican como Proyecto de la ley en enero siguiente (8), traen como consecuencia que, cuando, aprobados por el Congreso (9) ambos proyectos en julio sin variar la fecha de entrada en vigor originariamente planeada, entran en el Senado, fuera imprescindible cambiar la primitiva previsión gubernamental.

(5) Se dice lo de adelantar normas por cuanto la referente a las leyes temporales, con no estar en el Código penal ni en otra ley, se recogía en el Proyecto del 80 y en la Propuesta de Anteproyecto de 1983.

Por lo demás queda claro que no me convence la argumentación de quienes defienden estos cuatro primeros artículos (ver Rodríguez Villasante y Pierto, José Luis: "El Código Penal Militar" en Revista General de Derecho, a aparecer en abril de 1986, apartado 4.1.); las razones, a lo que se me alcanza, son, bien que "se añaden fundamentales especialidades militares", que yo no veo cuales sean, bien que "se abren caminos de una interpretación culpabilista de las leyes penales, tradicionalmente acogida con poco entusiasmo por los Tribunales Castrenses", argumento éste que valdría sólo para el artículo 2º, aunque tampoco puesto quien abrió el camino fue el artículo 6º del Código penal en la reforma de junio de 1983 y sobre todo la redacción "in integrum" del Código penal militar; por otra parte ¿no está pensado este Código para ser aplicado por una Jurisdicción Militar tecnicada, o sea integrada substancialmente por profesionales del Derecho?. Debe señalarse por último que la razón que expone Rodríguez Villasante tendría ya más sentido en el régimen disciplinario, pero sin embargo en la ley de 27 de noviembre de 1985 no existen artículos similares.

(6) Al parecer en el Consejo de Ministros celebrado el día 12 de septiembre.

(7) En el del día 12 de noviembre.

(8) Se publicó en el Boletín del día 28 de enero de 1985.

(9) La enmienda 219, correspondiente al Grupo Parlamentario Popular, pretendía modificar lo que entonces veía proyectado como disposición final 2ª con el siguiente tenor: "El presente Código Penal Militar entrará en vigor a los sesenta días de su publicación y, en todo caso, el mismo día en que comience la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen

En efecto, una enmienda del Grupo Socialista (10), con la escueta justificación de "ajustar su vigencia (la del Código) en el tiempo", fue el exacto origen de la disposición final que se aprobó de modo definitivo (11).

Si lo dicho no explica en realidad las razones de lo dilatado del plazo de entrada en vigor (12), casi seis meses desde la publicación, es lo cierto que el legislador ha brindado una generosa "vacatio legis" sintonizando con el sentir doctrinal que propugnaba, en las reformas penales, un periodo más amplio que el general de veinte días, sobre todo en las que, como la comentada, tienen un tan hondo calado y están concebidas con un carácter profundamente innovador (13), pues no en vano el diferir la eficacia de una norma más allá del momento de su promulgación es demandado por elementales exigencias de seguridad jurídica (14).

Disciplinario de las Fuerzas Armadas", pretendiendo con ello, además de dar una adecuada "vacatio", evitar el vacío legal de la ausencia de normas disciplinarias. La enmienda fue desestimada en trámite de Ponencia, que señaló era "preferible fijar una fecha específica en el Proyecto"; y eso se decía el 22 de mayo.

(10) Concretamente la número 169, que figura formulada cuando corría ya el 18 de septiembre.

(11) Sólo hubo otra enmienda al respecto, la 105, originada en el Grupo Popular, que pretendía la supresión por ser "norma de imposible cumplimiento", y que, de prosperar así, hubiera supuesto una "vacatio" de veinte días, en postura no congruente con la mantenida por el homónimo Grupo del Congreso.

(12) La "justificación" de la enmienda 119, del Grupo Socialista en el Senado, al Proyecto de ley de régimen disciplinario se limitaba, al proponer la fecha de 1 de junio, a decir: "en concordancia con el Código Penal Militar".

Tal vez se pensara en dar tiempo a la tramitación de una ley de organización y atribuciones de la Jurisdicción Militar (que a mi entender requiere, a su vez, una paralela ley procesal), puesto que, como ya he manifestado (en mis "Comentarios de urgencia...", cit., págs. 909 y 910), la coetaneidad, y conjunta elaboración, de las cuatro Leyes (penal, disciplinaria, orgánica y procesal), que deben sustituir al Código de Justicia Militar de 1945, era exigencia de los más lógicos planteamientos.

Si esto fue lo que pensó el legislador, es obvio que no se va a cumplir su posible previsión por cuanto esa ley de organización no va a entrar en vigor antes de 1 de junio de 1986.

Un simple botón de nuestra de las distorsiones que, con la no simultánea vigencia, puede darse, nos lo ofrece el párrafo 3º del artículo 42 de la nueva ley de Régimen Disciplinario, de donde se desprende que la Autoridad que ordena la incoación de un procedimiento por falta grave se lo cursa así misma de estimar que los hechos pueden revestir caracteres de infracción penal; otro, el artículo 58 del Código de 1945 sigue permitiendo ordenar la instrucción de procedimientos penales a quienes, en la Ley Orgánica 12/1985, carecen de la facultad en el régimen disciplinario. Los ejemplos pueden multiplicarse con profusión.

(13) Ver, por todos, Cerezo Mir, José, "Curso de Derecho Penal Español. Parte General I", Tecnos, Madrid 1981, pág. 208; y Sainz Cantero, José Antonio, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General. II", 2ª ed. Bosch, Barcelona 1985, pág. 135.

(14) Hasta tal punto que, como con acierto ha sido puesto de relieve, debe predicarse la anticonstitucionalidad de las normas que entren en vigor sin solución de continuidad res-

Pero esta prolongada "vacatio legis" plantea, de forma más acuciante si cabe, el problema de si la ley, en concreto este Código Penal Militar (15), es aplicable durante la misma.

Entrada en vigor es tanto como adquirir fuerza o, como antes decía el artículo 1 del Código civil, obligar; señala De Castro que "la ley, durante el transcurso de la vacatio aplaza su eficacia", si bien advierte que "desde su promulgación ya es ley", deduciendo de ello que no cabe dificultar su puesta en práctica por disposiciones administrativas o por cualquier actividad defraudatoria (16). De donde se puede concluir que, aunque se le debe cierto respeto, no cabe su aplicación.

La dogmática penal española, así como la doctrina del Tribunal Supremo, cuando se han pronunciado sobre la cuestión, han sido rotundas; así Cobo y Vives afirman que es "innecesario decir que las leyes en vacatio carecen de toda clase de vigencia y no pueden aplicarse ni en lo favorable ni en lo perjudicial" (17); Sainz Cantero, por su parte, señala que, a los efectos de su aplicación por los órganos judiciales, "ha de considerarse inexistente", recogiendo reiterada jurisprudencia en el sentido de que se trata de "una expectativa de legalidad", de "disposiciones de futura legalidad" (18), y que, de aplicarse por los Jueces y Tribunales la ley que está en suspenso, derogarían estos la ley todavía vigente sobre la materia, invadiendo atribuciones del poder legislativo (19).

Dejo aquí apuntado el problema para su posterior desarrollo concreto, al ocuparme de la disposición transitoria primera, por cuanto, a las tajantes afirmaciones que se acaban de reflejar, convendría alguna puntualización.

pecto de su publicación o que no establezcan un razonable plazo de vacatio; así Cobo del Rosal, M./Vives Anton, T.S., "Derecho Penal. Parte General", Universidad de Valencia, 1984, págs. 168 y 169; a quienes se suma Polaino Navarrete, M., en "Derecho Penal. Parte General (fundamentos científicos del Derecho Penal)", Bosch, Barcelona 1984, págs. 481 y 482.

(15) Y también la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

(16) En "Derecho Civil de España. Parte General", tomo I, Instituto de Estudios Jurídicos, Madrid 1955, pág. 702.

(17) Ob. cit., pág. 169.

(18) Ob. cit., pág. 136.

(19) Ya lo había destacado Casabó, para quien se trataba de una cuestión política y no de atender al contenido de la ley, por cuanto "de acuerdo con la división de poderes, si el legislativo establece que una ley no se aplicará, no puede dudarse que únicamente otro mandato del mismo poder legislativo puede desvirtuar tal precepto"; en "Comentarios al Código penal", escritos por Córdoba Roda J./Rodríguez Mourullo, G./del Toro Marzal, A./Casabó Ruiz J.R., tomo II, Ariel, Barcelona 1972, pág. 48; ver también en la bibliografía más reciente, Landrove Díaz, G. "Introducción al Derecho Penal Español", Tecnos, Barcelona 1985, pág. 144.

2. Parte pues el Código penal militar del principio de irretroactividad, con un mandando dirigido a los juzgadores, al establecerse que "se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito", debiendo entenderse el término leyes como preceptos o normas concretas y no como grupo de ellos sistematizados en una ley.

El calificativo "militares" no es sino una manera de hacer referencia a la especialidad de estas normas, que, con toda la carga de equivocidad que conlleva, debe interpretarse conforme a las prescripciones del artículo 5º (20).

Por leyes penales militares habrá que estimar las contenidas en este Código, las que lo complementan en sus aspectos substantivos y las reformas sucesivas; nunca los bandos, que plantean otro tipo de problemas a la luz del artículo 63.

En cuanto al momento de comisión del delito es unánime la doctrina en señalar que, a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se entienden cometidos cuando el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar (21), no planteando problemas, distintos de los comunes a todo el derecho penal, tampoco los supuestos de delitos integrados por una pluralidad de actos, habituales, permanentes y continuados (22).

Se trata por tanto de una redundancia, que no desarrollo, de lo que ya garantiza tanto la Constitución como el Código Penal, no siendo así de extrañar que todo el artículo 4º no fuera objeto de enmienda alguna en su caminar parlamentario, pues la única razonable hubiera sido no por la expresión o contenido, sino, como ya he dicho, sobre su necesidad.

(20) Que habla "especial naturaleza", intentando dar un sentido material a la especialidad, que excluye tanto el puro hecho de encontrarse, las normas, fuera del Código penal común, como la idea del "estatuto personal". Ver, por todos, Venditti, R.: "Il diritto penale militare nel sistema penale italiano", 5ª edición, Giuffrè, Milano 1985, pág. 27 y ss.

(21) La postura doctrinal, siguiendo el modelo alemán, se vertió en el artículo 7º del Proyecto de Código Penal de 1980 y en el 6º de la Propuesta de Anteproyecto de 1983, si bien en este último se matizan los casos de tentativa desistida, sea acabada o inacabada, y los de prescripción (se supone que del delito); regulaciones estas calificadas de superfluas por Cobo y Vives, ob. cit. pág. 182.

(22) Ver al respecto Rodríguez Mourullo, G., "Derecho Penal. Parte General", Civitas, Madrid 1978, págs. 125 y ss; Cobo y Vives, ob. cit., págs. 187 y 182; y Casabó, ob. cit., págs. 35 y ss.

El fundamento de la irretroactividad de las leyes penales estriba en que, siendo una consecuencia necesaria del principio de legalidad penal o mejor un aspecto fundamental (23) del mismo, haría ilusorio, su no plasmación diferenciada, el contenido garantista que es esencial a aquel; el sujeto, como justiciable, debe poder saber con certeza, cuando actúa, si su comportamiento es delictivo y con qué pena se le conmina en abstracto; la certeza del derecho (24) está ligada indisolublemente al contenido básico e irrenunciable de la seguridad jurídica.

De donde resulta inconcuso que todas las normas que establezcan delitos y penas así como las que supongan fundamento o agravación de la responsabilidad criminal, o sea las que supongan perjuicio para el reo, sólo pueden aplicarse a hechos cometidos después de su entrada en vigor, sin que su eficacia pueda alcanzar a conductas llevadas a cabo, u omitidas, durante el plazo de "vacatio legis", o antes.

3. La excepción a la irretroactividad que, a continuación, se consigna en el artículo 4º se hace en parangón a lo que proponían tanto el Proyecto de Código Penal de 1980 como la Propuesta de Anteproyecto de 1983, siguiendo los tradicionales derroteros de nuestro ordenamiento jurídico actualmente plasmados en el artículo 24 del Código común (25), que suponen la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable con una amplitud desusada en derecho comparado, en el que es frecuente limitar esta beneficiosa eficacia al momento del juicio, sin alcanzar por tanto a la cosa juzgada (26).

(23) De "requisito básico" lo califican Cobo del Rosal y Boix Reig, en el colectivo "Derecho Penal y Constitución", tomo I de los "Comentarios a la Legislación Penal", Edersa, Madrid 1982, pág. 203.

(24) Expresivo título de la valiosa y sugerente, por su contenido, así como valiente, por cuando fue escrita, obra del italiano Flavio López de Oñate, traducida al castellano y publicada, por Ediciones Jurídicas Europa-América, en Buenos Aires, 1953.

Piénsese que las garantías que implica el "nullum crimen nulla pena sin lege previa" han sido pisoteadas por los regímenes totalitarios, pero que también han sido criticadas por quienes conciben la pena fundamentalmente como corrección o enmienda (como un bien) o con una óptica defensiva (de tutela de la sociedad)

(25) Donde se alude al momento de publicación, en vez de al de entrada en vigor, porque en la primera e invariada redacción de la regla, en el Código de 1848, las leyes entraban en vigor en el momento en el que se publicaban; ver Casabó, ob. cit., pág. 48.

(26) Por ejemplo el artículo 2 (3) del Código Penal alemán prescribe que: "la ley más benigna debe ser aplicada si la ley en vigor cuando se perfecciona el hecho ha sido modificada antes del juicio". Sin duda el seguir este modelo en nuestra legislación, dado lo aleatorio de la duración de los procesos y que en la práctica el constitucional derecho a un proceso "sin dilaciones" no es sino, en más ocasiones de las deseables, papel mojado, llevaría

El fundamento de esta excepción se encuentra en razones de justicia, humanitarias o, genéricamente, de política criminal; bastan para justificarla, puesto que lo más importante es constatar que "la retroactividad de la ley penal más favorable no infringe el sentido limitador de la potestad punitiva que corresponde al principio de la legalidad... de ahí que esta clase de retroactividad no se oponga al significado liberal del principio" (27).

Lo dicho sirve para ponernos sobre la pista del problema que en su día se planteó en torno a la constitucionalidad del artículo 24 del Código penal (28), y que tanto una interpretación "a contrario" del artículo 9.3. de la vigente Constitución como la apuntada idea de que lo consubstancial a la irretroactividad es la garantía de libertad, hacen que ninguna duda exista sobre el márchamo de validez de la regla en cuestión (29), en el sentido de que la Constitución no la impide.

Pero hoy la cuestión a discutir es cabalmente la contraria, porque, supuesto que la retroactividad favorable no vulnera la Constitución, se plantea, no ya el que la permita, sino que, ahondando más, la consagre y proteja, vinculando así al legislador en cada reforma.

El problema se apunta, como "obiter dicta", en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981 (30) que, en su fundamento jurídico 3º, razona así: "...interpretando a contrario sensu este precepto (la garantía constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos contenida en el artículo 9.3) puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable, principio que ya estaba recogido

a palmarias injusticias; pero también cabría encontrar resistencias al tamiz del principio de igualdad. Pudo ser la situación fáctica reseñada la que llevara a nuestro legislador en 1870 a renovar nuestro Código Penal con la regla actualmente recogida en el artículo 24 del Código Penal, entonces en el 23 (el artículo 20 del Código penal de 1848 prescribía: "siempre que la ley modere una pena señalada a un delito o falta, y se publicare aquella antes de pronunciarse el fallo que cause ejecutoria contra reos del mismo delito o falta, disfrutarán estos del beneficio de la ley").

(27) Ver Mir Puig, S., "Derecho Penal. Parte General", 2ª Edición, PPU, Barcelona 1985, pág. 63.

(28) Verlo en Casabó, ob. cit., págs. 46 y 47. Lo era con relación al Fuero de los Españoles.

(29) Ver Cobo del Rosal, M./ Boix Reig, J., ob. cit., pág. 205.

(30) De su sala 2ª resolviendo el recurso de amparo nº 220/80 y de la que fue Ponente el Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente. Se vuelve a reiterar tal doctrina en la sentencia de 7 de mayo de 1987 (en recurso, de amparo 238/80, con ponencia del fallecido D. Plácido Fernández Viages, sobre sanción administrativa).

y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el artículo 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado artículo 9.3... cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial al legislador...”.

En efecto, como ya he dado a entender, el Tribunal no basó su fallo en el razonamiento transcrito (por no hallarse el artículo 9 de la Constitución ni el 24 del Código penal en el ámbito del amparo de libertades públicas y derechos fundamentales), limitándose, a lo que aquí importa, a esbozar con precarios hilvanos el tema, sin que, de lo que conozco, haya vuelto a él para profundizarlo, ya que la sentencia de 7 de mayo de 1981 nada añade.

Debe pues entenderse que el Tribunal Constitucional tan sólo apunta la posibilidad de que la “ley de leyes” garantice la retroactividad de la ley penal favorable, en base a un endeble argumento “a contrario sensu”, que lo único que permite afirmar sin duda alguna es la no anticonstitucionalidad tal retroactividad.

El mandato dirigido al legislador de modo expreso es la irretroactividad y para considerar como tal la retroactividad favorable habría que inducirlo claramente del bloque constitucional (31); en este sentido pienso sería básica la idea de justicia (32) propugnada como valor superior del ordenamiento jurídico, en el artículo 1º, de tal suerte que, si esta fuera basamento único y exclusivo de la retroactividad que analizamos, deberíamos proclamarla como mandato constitucional inequívoco; ello, aunque la trayectoria de nuestra legislación con su reiterada, a partir del Código de 1870, plasmación en las leyes penales parece favorecerlo, creo que es de difícil axiomatización como se demuestra con las excepciones a la excepción, cual es por ejemplo la de las leyes temporales, de las que, casi de seguido me ocuparé.

(31) Como el propio Tribunal Constitucional ha hecho y perfilado en relación al principio “non bis in idem”. Por otra parte me parece algo forzado argumentar, como hace Boix Reig, que “en el fondo late siempre unidad de fundamentación entre el principio de irretroactividad y la retroactividad de la ley penal más favorable, a la que desde esta perspectiva no habría que calificar como excepción al principio general” (en “El principio de legalidad en la Constitución”, en el Colectivo “Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal”, Universidad de Deusto, Bilbao 1983, pág. 75).

(32) Otro intento sería hacerlo desde la idea de libertad, pero, aunque la misma sea cardinal en la Constitución, lo es sobre todo desde la perspectiva de interpretar los derechos que proclama y define.

Por otra parte, los problemas que la aplicación retroactiva de la ley penal militar más favorable pueda suscitar son comunes a los que ya han sido estudiados por la doctrina al socaire del artículo 24 del Código penal y a ella me remito (33); así, todo lo relativo al alcance y determinación de la ley más favorable, a la prescripción (34), a las leyes intermedias, a los estados peligrosos y medidas de seguridad (35), a las leyes modificadoras de las cuantías que delimitan el delito de la falta en determinadas infracciones contra la propiedad (hurto, estafa, apropiación indebida y daños) (36), a las leyes extrapenales que suponen cambio en el blanco de una ley penal, etc.

4. Añade el artículo 4º un segundo párrafo para, como ya he dicho, excepcionar la excepción, apartando así del régimen de la retroactividad de la ley penal más favorable a las leyes temporales, esto es aquellas que de modo expreso delimitan sus concretas fechas de vigencia (37).

(33) Por citar sólo la más reciente ver la ya manejada en las notas 13, 14, 19 y 22; también: Bustos Ramírez, J. "Manuel de Derecho Penal Español. Parte General", Ariel, Barcelona 1984, págs. 95 y ss; Rodríguez Devesa, J. Mª., "Derecho Penal Español. Parte General", edición propia, Madrid 1981, págs. 201 y ss; y Rodríguez Ramos, L. "Compendio de Derecho Penal. (Parte General)", segunda edición, Trivium, Madrid 1985 págs. 49 y ss. Es de anotar que, aunque el tema pueda parecer enjundioso, se carece en la bibliografía española, no en otras, de tratamientos monográficos, excepto el opúsculo de Madrid Conesa, F., "El Principio de Irretroactividad de la ley penal en las variaciones jurisprudenciales desfavorable al reo", número 5 de la serie menor de la Colección de estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, 1982.

(34) Además de la bibliografía indicada, ver Morillas Cuevas, L., "Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas", Departamento de Derecho penal de la Universidad de Granada, 1980, págs. 28 y ss.

(35) Ajenas al Derecho militar, con la excepción de la lógica referencia a las medidas que se hace en el artículo 37 del Código que comentamos; y es que, como ya hace años decía Sastre Olamendi, que en los años treinta fue, perteneciendo al Cuerpo Jurídico, Fiscal ante la Sala Militar del Tribunal Supremo, "... al Ejército interesa más el hecho que su autor, y si aplica a este un castigo, lo hace como único medio de que dispone para impedir la repetición de aquel, pues es obvio que no necesitándose el servicio de determinados ciudadanos, sino sólo el de un número de ellos, el problema penal quedaría en la mayoría de los casos reducido a sustituir los que nos fueran normalmente aptos por otros que lo fueran...", en "Un ensayo sobre el Derecho Penal Militar", publicado en tomo 150, año 1932, de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, págs. 109 y 110.

(36) Y que en algo afectan al Código penal militar, por cuanto sus artículos 195 y 196 se remiten "a la cuantía mínima establecida en el Código penal para el delito de hurto"; en las sucesivas reformas del Código Común, la solución que en cada una se adopte será la aplicable y en cuanto a la reforma que en sí supone este Código penal militar, la trataré al ocuparme de sus disposiciones transitorias.

(37) Un ejemplo reciente nos lo proporciona la disposición final 2ª de la controvertida

Se quiere con ello que tales leyes sigan el régimen de rigurosa irretroactividad, aplicándose a todos los hechos cometidos desde su entrada en vigor hasta su, precisada de antemano, derogación, a pesar de que se juzgen cuando ya ha transcurrido su plazo de vigencia y recobrado fuerza la anterior ley.

Aunque no se diga de modo expreso debe extenderse la regla a las llamadas leyes excepcionales, por haber sido promulgadas en circunstancias tales (ley, guerra, alteración grave del orden público o catástrofes), puesto que en pura lógica adoptan la forma de ley temporal, cesando su vigencia cuando se retorna a la normalidad y dejan de ser necesarias, o convenientes (38), pero sólo en el caso indicado, o sea cuando se determina un tiempo de vigencia, bien con fechas concretas, bien indicando claramente la situación en la que la ley está llamada a regir.

Tal precepto supone novedad en nuestro ordenamiento jurídico, separándose el Código militar de las reglas comunes del artículo 24 del Código penal sin razón aparente de especialidad (39), a no ser que se interprete que, aludiendo a "ley temporal" sin calificativo ulterior alguno, se refiera a todas las leyes penales, y no sólo a las militares, exégesis esta que, por elementales razones sistemáticas, descarto.

Y circumscriba la regla al ámbito castrense es difícil formalmente imaginar su aplicación, en tanto en cuanto la ley militar incorpora, previniéndolos de modo expreso y sin colapsar la vigencia del propio Código, los supuestos de excepcionalidad imaginables en su ámbito, sea como tipo específico, cual ocurre con la desobediencia a las prescripciones de los legítimos bandos militares en el artículo 63, sea como elemento del tipo (vrg. "tiempo de guerra", "frente al enemigo", "frente a rebeldes y sediciosos", "en circunstancias críticas"); por otra parte podría pensarse que el estado de sitio propicia normas excepcionales y la posibilidad de que se apliquen por la Jurisdicción militar, en cuyo caso no hay que olvidar

Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, "contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución", más conocida por "Ley Antiterrorista", que prevé una vigencia temporal de dos años para lo dispuesto en sus artículos 4º, 5º, 6º, 19, 20 y 22.

(38) No obstante, para evitar dudas, el Código penal italiano alude en su artículo 2º tanto a las leyes temporales como a las excepcionales; también nuestro Código civil separa las excepcionales y las de ámbito temporal. El Código penal alemán, artículo 2 (4), que parece el directo inspirador de la regla a comentar, se refiere a leyes que entren en vigor durante un tiempo determinado.

(39) La explicación puede ser que se han adelantado normas que habían sido pensadas para un nuevo Código penal común; ver mi "Comentario de urgencia...", cit. pág. 908 y ss.

que tales normas serían comunes, y que la atribución de la competencia, para aplicarlas, a órganos castrenses no hace variar su naturaleza (40).

Origen inmediato del precepto parece ser, debido a su literal trascripción, el punto 3 del artículo 5º de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (41), y este a su vez fruto de una corriente doctrinal, de fuerte arraigo, que había puesto de relieve, dicho en síntesis, cómo, dados los claros términos del artículo 24 del Código Penal (42), se podría producir en la práctica una virtual inaplicación de la ley temporal, siendo así que en modo alguno se producía, con la normal sucesión de leyes, cambio del criterio valorativo por cuanto ante idénticas circunstancias la "concepción jurídica" del legislador sería la misma, quedando por contra comprometida la eficacia que, con la mayor severidad, pretendía la ley temporal (43).

Siendo esta argumentación de una solidez tal que ningún reparo encuentro para suscribirla, lo que sí me parece discutible es deducir de la misma la bondad de la regla general que se ha plasmado en el párrafo 2º del artículo 4º del Código penal militar; ¿no sería correcta también la inversa?, en efecto, cabe concluir de tal hilo argumental que sea el propio legislador quien prescriba en cada caso, si hay razón para ello, la ultractividad de la concreta ley temporal de estimar que no va a haber variación del criterio valoratorio, posibilidad que en modo alguno estaba vetada en el ámbito estrictamente militar, ni lo está todavía en relación al resto de las leyes penales (44).

(40) Confundir derecho penal y jurisdicción militares es equivoco frecuente; ver mis "Comentarios a la Ley Penal Militar alemana de 1974", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fasc. 1º de 1985, págs. 88, 90 y 91.

(41) Inspirado a su vez en el párrafo 3º del artículo 6 del Proyecto de Código penal de 1980, si bien la Propuesta mitiga la rotunda proposición de aplicarse "en todo caso" la ley temporal, que ya fue atacada en fase de enmiendas.

(42) En ápice alguno desvirtuados por el artículo 4.2. del Código civil.

(43) El problema, como en tantas otras ocasiones, había sido magistralmente observado por Antón Oneca; ver su "Derecho Penal. Parte General", ed. propia, Madrid 1949, págs. 109 y 110, en las que entre otras, afirma que "la eficacia, buscada con la severidad, queda comprometida, si a los posibles infractores les consta que el rigor de las sanciones amenazadas habrá de desvanecerse una vez pasada la fecha predeterminada de caducidad". Y, antes, por Rodríguez Muñoz en sus notas a la traducción del Tratado de Mezger.

(44) Ni que decir tiene que ambas conclusiones podrían encontrarse dificultadas si se concluyera como en el apartado 3 se ha dicho, que la Constitución garantiza la retroactividad; conclusión que a su vez podría verse entorpecida con este problema de las leyes temporales.

Más correcta me parece esta última opción por cuanto las leyes temporales más severas (45) se pueden dictar, como dijo Antón, por vía de ensayo (vrg. para apretar los resortes de la intimidación ante formas epidémicas de criminalidad) y pueden evidenciarse fracasadas o inútiles, en cuyo caso "las opiniones del legislador han variado sobre la justicia o necesidad de la regulación extraordinaria, y debe aplicarse la ley permanente más favorable" (46).

Se podrá replicar que los supuestos en que no se prevea cambio valorativo se salvan con la precisión de que se puede disponer lo contrario, pero es que eso, por decirlo gráficamente y salvando las distancias, es algo similar a la inversión de la carga de la prueba; con la adopción de fórmulas como la discutida se estimula, por así decirlo, la pereza del legislador, que no aquilate si debe disponer, o no, "lo contrario"; es más, se posibilita que ni siquiera piense en ello, con lo cual, por un olvido (algo nada remoto), los términos del párrafo segundo del artículo 4º del Código penal militar propiciarían formalmente, pero siendo difícil de eludir, una aplicación injusta de la ley temporal.

Pero hay más, pues, como, escindiéndose del parecer mayoritario, ponen de relieve Cobo y Vives, "sentar como regla general el criterio de que, en cualquier caso, los hechos realizados bajo leyes temporales o excepcionales habrán de ser juzgados conforme a estas, significa congelar la valoración jurídica efectuada en el transcurso de una situación extraordinaria, sin tener en cuenta que ya el simple discurrir del tiempo modifica la valoración de las conductas, (v.g. encender las luces sin tomar precauciones en tiempo de guerra no parece, una vez terminada la guerra, tan grave como durante la misma). Con el paso de los años puede modificarse sustancialmente la propia idea de derecho que presidió la elaboración de la ley temporal y, en general, acabadas las circunstancias extraordinarias que motivaron la aparición de estas, el interés del Estado en la protección disminuye"; pareciéndoles, por tanto, "más razonable que la regla sea la benignidad, y que la aplicación del régimen más gravoso necesite un precepto específico y particular" (47); postura a la que me sumo, al haber expuesto razones suficientes para sostener que la regla en cuestión no debía haber accedido al derecho positivo; bastaba que cada ley temporal, de preverse que era necesario su ultractividad, así lo estableciera.

(45) En la menos severa no hay cuestión, por estricta irretroactividad, y no sería necesaria una regla como la discutida; un ejemplo de este tipo de leyes temporales nos lo proporciona el artículo 6º de la ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre.

(46) Ob. cit. págs. 109 y 110.

(47) Ob. cit. pág. 186.

Es momento, a la luz de lo expuesto, para retomar parte de los supuestos de excepcionalidad imaginables en el ámbito castrense a los que antes aludía; en concreto, el delito del artículo 63 del Código penal militar y los casos en los que se incorpora la situación extraordinaria al tipo de injusto como elemento.

Por lo que hace a la desobediencia a prescripciones de los bandos militares, la regla del artículo 4º, en su párrafo 2º, llevaría a la aplicación del artículo 63 a hechos acaecidos durante su vigencia (recuérdese el ejemplo de la prohibición de encender luces, como posible contenido del bando), aunque juzgados con posterioridad, de considerarse a esa "ordenanza de necesidad" que es el bando como una ley temporal, si no ha excepcionado su ulterior actividad, cosa improbable dadas las circunstancias en que podría dictarse (48); de no existir aquella regla, los supuestos se reconducirían a la retroactividad favorable, ya por atribuir al bando carácter de la ley penal, o estimándolo complemento extrapenal del artículo 63, si se conceptúa este como estricta ley en blanco (49).

Respecto a los casos en que la circunstancia excepcional se consigna como elemento del tipo de injusto, aunque puedan constituir, como afirma Maurach, leyes temporales "desde el punto de vista material" (50), no creo que hiciese falta la regla comentada para aplicar aquellos preceptos, aún cuando en el momento del juicio no se diera ya la circunstancia excepcional, en tanto que el legislador, con la técnica empleada, ha cristalizado, o normaliza, su criterio valorativo.

El supuesto muy particular de la imposición de la pena de muerte, muy matizada en el artículo 25 (51), puede plantear problemas tanto en el caso de que, aunque impuesta, no se ha ejecutado todavía cuando han cesado las hostilidades, como en el de que no haya llegado a juzgarse el

(48) En el ejemplo de las luces, la solución no chocaría con las postura que desde otra perspectiva sostiene Rodríguez Devesa, ob.cit. pág. 205; las posibles soluciones injustas tendrían que ser corregidas o por una nueva norma "ad hoc", o por ejercicio del derecho de gracia, o a través de interpretaciones en base al contenido de injusto, concluyendo que no hubo en el caso concreto peligro para bien jurídico alguno.

(49) Debe consignarse que el bando, amén de controvertido, es un instituto mal conocido y poco estudiado por nuestra doctrina, siendo, además, de muy poca utilidad, tras la Constitución, los escasos estudios publicados con anterioridad.

(50) En "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho español por Córdoba Roda, Ariel, Barcelona 1962, tomo I, pág. 146. Otra perspectiva ofrece el derecho italiano, donde junto al código de paz existe un código penal militar de guerra cuyo artículo 23 establece la ultractividad de sus normas (ver Venditti, R., ob.cit., págs. 97 y ss.).

(51) Que es ley especial respecto al artículo 14, limitando sus efectos.

hecho que estaba conminado con ella; en el primero una interpretación finalística del artículo 15 de la Constitución lleva a la necesidad de que se conmute; y en el segundo caso es el propio artículo 25 el que impedirá su imposición, puesto que la "extrema gravedad" no debe constreñirse al momento de la comisión del delito, sino valorarse en el contexto general, con lo que, no habiendo guerra, desaparecen las razones de ejemplaridad y, con ellas, tal "extrema gravedad".

5. Distingue De Castro entre disposiciones transitorias específicas entendidas como "disposiciones especiales, que se adjuntan a cada nueva ley, para acomodar su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación antes vigente", y genéricas, propio Derecho transitorio, intertemporal o de colisión de leyes en el tiempo, que fijan, para suplir la ausencia o lo incompleto de aquellas, el general criterio legislativo sobre la retroactividad (52).

Pues bien el Código penal militar contiene este derecho transitorio en el artículo 4º, para después, con el propósito de normar la solución de los problemas surgidos por el acceso de este concreto Código al ordenamiento jurídico, desarrollar aquellas normas en específicas disposiciones transitorias, cuyas tres primeras, nada cuidadosas, paso a comentar (53).

Consignar que, aunque hubiera cabido una pormenorización de las reglas procesales, al modo de otras recientes reformas penales de envergadura, estas disposiciones no suscitaron debate ni atención parlamentaria, aprobándose tal y como habían sido propuestas en el Proyecto del Gobierno (54).

Plantea la disposición transitoria primera, como problema más importante y de especial relevancia, el de si la retroactividad más favorable

(52) Ob. cit., págs. 706 y 707.

(53) Las disposiciones cuarta y quinta, que serán comentadas independientemente, pienso que no suscitan problema interpretativo de enjuicio, a pesar de la desafortunada redacción de la cuarta al utilizar la copulativa de forma que induce a pensar está uniendo dos supuestos distintos ("... de los... y de los..."), cuando en realidad se refiere a dos requisitos del mismo supuesto.

(54) En el apartado 1 de este comentario.

Tan sólo en trámite de ponencia en el Congreso, se añadió a la tercera la coletilla "pre via audiencia del mismo", como consecuencia de la enmienda 220, propuesta por el Grupo Popular, para "congruencia con la Disposición transitoria primera".

es eficaz en el período de "vacatio legis", o sea, si es aplicable en el supuesto de que durante la misma se celebre el juicio.

¿Por qué el problema?

Reflejada quedó la rotunda tesis que, sustentada por solventes autores y reiterada jurisprudencia, afirmaba la no aplicación de las leyes, durante dicho período, ni en lo favorable ni en lo perjudicial (55).

Sin embargo, ya la Fiscalía General del Estado, en Circular de 1 de julio de 1983 "sobre la ley de reforma del Código penal, 8/83, de 25 de junio" (56), partiendo de que "la vacatio tiene como finalidad que las leyes puedan ser conocidas y valoradas por aquellos a los que van destinadas y alcanza su plena justificación cuando se trata de normas sancionadoras que establecen nuevos tipos delictivos o agravan los existentes", sostenía, con expresa alusión a utilitarias razones de política criminal, que "las normas penales más favorables, deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasionan el plazo de vacación legal", pues de lo contrario se dilataría "innecesariamente una realidad penal y penitenciaria cuya solución no puede demorarse y a la que hace referencia la Exposición de Motivos de la propia ley" (57).

Parece desconocer esta postura de la Fiscalía, de una parte que el período entre publicación y entrada en vigor tiene también la finalidad de que la ley sea bien conocida por quienes deben rectamente aplicarla (58), y de otra que conllevaría ataque a la división de poderes, al entrometerse el judicial en la esfera del legislador, aplicando una disposición que, por mandato legal, está en "vacatio" (59), argumento básico de la

(55) En el apartado 1 de este comentario.

(56) Se publicó en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, fascículo 3 de 1983, págs. 647 y ss.

(57) A la postre, recortaba su propuesta a la situación personal, señalando: "si con su aplicación inmediata se consigue una rápida y efectiva tutela judicial y, al mismo tiempo, se satisfacen los objetivos a los que se pretende dar respuesta, no existen obstáculos para admitir la vigencia funcional de la ley a partir de su promulgación, por lo menos en lo relativo a la modificación de la situación personal de los beneficiados por sus disposiciones.

(58) So pena de propiciar una desigual aplicación, tanto porque según los lugares se conoce antes o después, como debido a que se propiciarían soluciones improvisadas sin la mínima reflexión.

(59) Eso sin contar, como también señala Casabó, que "incluso podría conducir al absurdo de haberse aplicado una ley inexistente por decidir el legislativo derogarla antes del transcurso de su vacatio", ob.cit., pág. 48.

expresada postura doctrinal, que a algunos parecerá puramente formal o ficticio, pero que es cardinal en un Estado de derecho (60).

Desde la perspectiva constitucional es indiscutible la irretroactividad absoluta, marcada por la entrada en vigor, de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales; en cambio, si se trata de retroactividad que los beneficie queda a la disponibilidad del legislador ordinario establecer que, durante la "vacatio", la ley publicada sea de aplicación, de modo que, sólo en el caso de que así lo indique o prevea, determinadas normas puedan tener plena eficacia en tal periodo, siempre, eso sí, con el límite infranqueable de la antedicha e irrenunciable garantía constitucional. La traba que suponían las exigencias derivadas de la división de poderes deja de serlo con la autorización o previsión expresa del legislador.

No encontrando pues reparo para que se actúe así, y sí en cambio razones de utilitaria política criminal e incluso imperativos de justicia, sobre todo en caso de dilatada "vacatio" (61), es, según entiendo, lo que hace el legislador en la disposición transitoria primera, determinando por tanto de modo expreso la aplicación retroactiva favorable del Código penal militar durante el lapso de tiempo que discurre entre su promulgación y la entrada en vigor (62).

Puede objetarse a esta solución que la disposición transitoria primera no prevé expresamente tal supuesto porque la disposición final, más adelante, es de una rotundidad que no ofrece dudas; pero entonces ¿por qué repetir lo que ya prescribe el artículo 4º?; ¿sólo para añadir el trámite de audiencia del reo?; ¿y para que se previó también en la tercera? No hay que olvidar tampoco que la fecha de entrada en vigor, en el Proyec-

(60) No me parece suficiente el apoyo que la circular encuentra en la Exposición de Motivos para desvirtuar el "mandato legal".

(61) Abundan para ello hasta razones de economía procesal pues, o se paralizaba la Administración de Justicia en el ámbito militar no celebrándose juicios durante el periodo controvertido, o se obligaba a la automática rectificación del resultado de muchos de ellos.

(62) Idéntica solución podría decirse que ofrece, en su ámbito, la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, "del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas"; pero a ello puede oponerse desde que, no existiendo en tal ley preceptos paralelos al artículo 4º del Código Penal Militar (ni al 23 del común), la transitoria segunda se limita a hacer sus veces y en nada afecta a la inaplicación en "vacatio", hasta argumentos de fondo tales como la necesidad de una nueva infraestructura (lugares donde cumplir los correctivos y régimen de los mismos) y el que quienes tienen en inicio las facultades disciplinarias sean legos en derecho y precisen ese largo tiempo para asimilar las nuevas normas; en todo caso se plantearía el difícil problema de si la retroactividad alcanzaba también a las garantías que, en el procedimiento, entroniza esta ley.

to, se colocó inmediatamente antes de las disposiciones transitorias, siguiendo los pasos del Proyecto de Código penal de 1980 y de la Propuesta de 1983, sus modelos, y que sólo por estimarse era una colocación más lógica, que no por variar el sentido de los textos, se cambió el orden en el Congreso de los Diputados. Además una interpretación conjunta y sistemática de las tres disposiciones transitorias abona que la primera ciña su razón de ser a los casos de aplicación retroactiva favorable de la ley durante la "vacatio".

Que esta sea la razón de ser de la primera transitoria no me ofrece dudas, si bien no es menos cierto que el legislador hubiera podido expresarse con mejor claridad (63) y que al no hacerlo ha dejado un portillo favorecedor de la controversia en materia tan delicada.

La segunda y la tercera contienen sucintas reglas procesales, distinguiendo según medie sentencia firme no ejecutada total o parcialmente o se trate de sentencias pendientes de recurso.

En el primer caso, si las sentencias se han dictado "antes de la vigencia de este Código", serán rectificadas de oficio, se sobrentiende que por la Autoridad Judicial (64) mediante decreto auditado y previo informe del Fiscal, no sobrando que, en caso de duda, sea oído el reo o su Defensor, que entiendo pueden solicitar la aplicación retroactiva e incluso, por el genérico derecho constitucional de la defensa, interponer recurso de casación contra la resolución que se adopte; en cuanto a las sentencias firmes dictadas con posterioridad a 1 de junio de 1986, en las que no se haya hecho aplicación retroactiva, entiendo que no cabe su rectificación pues se ha gozado ya de la posibilidad regulada en la disposición transitoria tercera, que incluye la casación, de modo que producido el olvido por inadvertencia, conjunta y sucesiva, del tribunal, de las partes y de la Autoridad Judicial con su Auditor, este será irreparable.

Se incrusta en esta segunda transitoria una regla de origen jurisprudencial a tenor de la cual la determinación de la ley más beneficiosa ha de referirse a unos preceptos concretos y no a la eventualidad de un mayor ejercicio del arbitrio judicial; puede considerarse como criterio interpretativo de carácter general, no constreñido por tanto al estricto campo de esta concreta disposición y, a mi entender, en modo alguno

(63) Cabe pensar que el legislador ni se hubiera planteado el problema, pero en esta tesis hay que buscar el sentido objetivo de la ley, la "voluntas legis".

(64) O por el Consejo Supremo de justicia Militar, en pleno o en sala de Justicia según los casos para los asuntos que haya conocido desde su instrucción.

comprende los casos, tan frecuentes en el Código nuevo, en que se ha rebajado el límite mínimo de la pena, aunque esta siga teniendo una extensión en parte coincidente con la del texto de 1945 (65).

Para la hipótesis de que, dictada sentencia, esta aún no haya ganado firmeza por hallarse pendiente de recurso, está pensada la disposición transitoria tercera en unos términos que puede registrar más problemas que los que pretende resolver.

Se colige que el Consejo de Guerra (66) no ha aplicado retroactivamente los preceptos de este Código penal militar (67). Pues bien, se dice que la sentencia está pendiente de recurso y que "se aplicarán de oficio o a instancia de parte de los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo", dejando en silencio quién, cuándo, cómo y en qué casos.

¿Lo resuelve el Tribunal "ad quem", al que se ha dirigido el recurso?, ¿al resolver el recurso?, ¿en la sentencia de casación?, ¿sólo si se ha articulado como motivo?. Si como quiera que la respuesta de cada uno de estos interrogantes multiplica a su vez otros nuevos, se convendrá en que alguna razón hay para sostener que el cúmulo de problemas suscitados es de envergadura.

Creo que hay que distinguir varios supuestos:

A) Se ha alegado en el recurso de casación la no aplicación retroactiva como infracción de ley con el carácter de motivo único y principal (o sea, que de estimarse huelga entrar en los demás), en cuyo caso, cabe sostener, por razones de agilidad procesal y con apoyo en el término "de oficio" contenido en la transitoria tercera, que el tribunal "a quo" (o la Autoridad Judicial, si la sentencia recurrida es la del Consejo de Guerra)

(65) Otro discutible criterio jurisprudencial extendido, aunque no plasmado en el Código, es el de que la ley más favorable no pueda obtenerse mediante la combinación de las dos leyes, la derogada y la nueva, pues ello supondría crear una tercera norma y, en consecuencia, arrogarse al juzgador funciones legislativas. Ver, en contra, Casabó, *ob. cit.*, págs. 51 y 52.

(66) O el Consejo Supremo de Justicia Militar. Debe tenerse en cuenta que no ha lugar a la aplicación retroactiva favorable respecto de la sentencias de los Jueces Togados Militares de Instrucción por cuanto la competencia para enjuiciar que les atribuye el artículo 12 de la Ley orgánica 9/1980 se constriñe a infracciones de naturaleza común.

(67) Puede también haberlos aplicado pero indebida o incorrectamente, en cuyo caso queda abierta la vía normal de recurso de casación por infracción de ley e, incluso, de no mediar este, la del disenso.

puede, previa la apertura de un trámite de alegaciones de las partes, incluidas las fiscales, hacer aplicación retroactiva del nuevo Código en resolución motivada, que podrá ser recurrida (¿en el plazo de cinco días?) ante el Tribunal Superior, cuando se desatiendan las tesis sustentadas por aquellas.

Todo ello si las partes no han sido emplazadas ante el Tribunal "ad quem", o si este lo devuelve al objeto indicado, siendo lógico que, de estar ya el recurso interpuesto, se resuelva este.

B) Se ha alegado en el recurso de casación pero como un motivo más; de ocurrir así será el Tribunal ad quem el único competente, siguiéndose los trámites normales de la casación.

C) Hay recurso de casación pero en sus motivos no se incluye este; habría que subdistinguir si la estimación de los alegados conduce a consecuencias más beneficiosas que la aplicación retroactiva o no (68); en la primera disyuntiva debe discurrir el recurso por los cauces normales y si se desestima, o se estima insuficientemente, el Tribunal de Casación puede "de oficio" aplicar retroactivamente la ley de modo beneficioso, e incluso, aunque dudoso, sobre todo si el recurso empezó a prepararse a partir de 1 de junio de 1986, "a instancia de parte"; si el Tribunal "ad quem" decidiera que es el "a quo" quien debe pronunciarse sobre la retroactividad, no cabría recurso devolutivo contra tal pronunciamiento; de encontrarnos con el otro término de la disyuntiva, no veo reparo para proceder según se indica en A), siendo dudosa la posibilidad si el recurso empezó a prepararse a partir de 1 de junio de 1986.

D) Se solicita la aplicación retroactiva haciendo uso del escrito de alegaciones a que se refieren los artículos 757 y 758 del Código de Justicia Militar, escrito que cabría estimar en sentido amplio como recurso, dado que la transitoria segunda no dice expresamente se trate del de casación y que no se suscitan problemas en relación a las sentencias de los Jueces Togados (69); en este caso la Autoridad Judicial resuelve "de oficio", procediendo, contra la denegación, recurso ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo.

(68) Cabe una tercera hipótesis, intermedia, la de que no se sepa si la estimación de los motivos alegados supondría más beneficio para el justiciable, dado lo sucinto de la alegación en la fase de preparación del recurso; de ocurrir así, pienso que este debe seguir adelante, a no ser que las partes planteen como cuestión previa la aplicación retroactiva.

(69) Ver nota 66.

No veo dificultad para que en el escrito que contenga las alegaciones expuestas, se solicite subsidiariamente, para el caso de desestimación por la Autoridad Judicial, que se tenga por preparado el recurso de casación.

E) El Auditor, la Autoridad Judicial o ambos creen, en trámite de aprobación de sentencia y sin haber mediado recurso, que debía haberse aplicado retroactivamente el nuevo Código como ley más favorable y sin embargo no ha ocurrido así en la sentencia; es una remota posibilidad, y tal vez por ello no se haya previsto, pero ¿qué hacer si tal sucediera?. Desde luego no cabe hacer nada a instancia de parte por lógica preclusión, al no haberse alegado en los momentos oportunos en que se pudo hacer; por lo demás creo que si hay acuerdo de Auditor y Autoridad Judicial puede hacerse aplicación "de oficio" de la nueva ley si la retroactividad es beneficiosa para el reo, siempre que se ofrezca al Ministerio Público, como defensor de la legalidad, recurso ante el Consejo Supremo de Justicia Militar y, de producirse este, la audiencia del justiciable. Si no hay acuerdo entre Auditor y Autoridad Judicial cabe elevar la decisión como disenso.

Se ha repasado hasta aquí una variada gama de posibilidades a las que poca luz aportan las pocas reglas prescritas en las disposiciones transitorias, que no han tenido en cuenta la peculiar organización actual de la Jurisdicción militar(70).

Volviendo a problemas de fondo, materiales o sustantivos, relativos pueden plantearlos las sentencias ya ejecutadas. Como pauta general y si ha desaparecido la desvalorización anterior, puede afirmarse que cabe solicitar la anulación de las anotaciones de hechos despenalizados, cuyas condenas no servirán de fundamento a la agravante de reincidencia, pero, aunque esta haya sido desprovista de la aguda virulencia de antaño, hasta incluso en el Código penal militar, polémica o dudas surgirán en el supuesto de modificación de las cuantías que delimitan el delito y la falta en determinadas ilícitos contra la propiedad.

En efecto, los artículos 195 y 196 del nuevo Código describen conductas dolosas de destruir, deteriorar, abandonar, sustraer o receptar materiales o efectos militares "siempre que su valor sea igual o superior

(70) Quizás con la idea de que no se sabía exactamente cual iba a ser en 1 de junio de 1986. La reforma parcial y urgente del Código penal de junio de 1983, preveía disposiciones transitorias con más pormenorizadas regulaciones procesales; al respecto puede verse la mencionada Circular de la Fiscalía General del Estado.

a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto" (71), comportamientos que en parte son coincidentes con los previstos, como fraudes, en el artículo 403 (5°), en su relación con el 439-3°, del Código de 1945; en cuanto a las sentencias en ejecución se deberá aplicar la nueva ley retroactivamente, mas si ya está cumplida la condena, como quiera que las dictadas por fraude han accedido al Registro Central de Penados (72), ¿debe anularse la anotación si por la cuantía han dejado de ser delito en el nuevo Código?, ¿pueden fundamentar reincidencia?

La literalidad de los artículos 24 del Código penal y 4 del militar no admite la retroactividad expresamente (73), habiendo sido la mayoría, rayana en unanimidad, de la doctrina y de la jurisprudencia que, sobre todo en base al fundamento humanitario de la retroactividad más favorable, ha extendido esta a las condenas ya cumplidas, señalando que, para la estimación de reincidencia, deben despreciarse los concretos antecedentes que traigan causa de cuantías ya superadas por el legislador. Los ya de por sí los generosos términos de la ley española se ensanchan así al máximo.

No obstante se puso de relieve que variar la cuantía, que marcaba el linde entre determinados delitos y faltas contra la propiedad, no obedecía a cambio valorativo, sino que era consecuencia necesaria del incremento progresivo del coste de la vida. La galopante depreciación monetaria imponía la periódica revisión de las cifras para mantener constante la desvalorización penal. Argumentación que trajo consigo que diversas modificaciones del Código penal, a partir de 1967, incluyeran la siguiente cláusula: "las sentencias ya ejecutadas no se rectificarán a efectos de antecedentes penales por razón de las variaciones de cuantía que para la calificación de ciertos delitos se establecan en esta ley".

(71) No es este lugar para hacer el estudio de este inciso, y en general de estos preceptos, y lo que parece su solución de continuidad en el ámbito disciplinario (la falta leve 26° del artículo 8 y la grave 24° del 9), pero si quiero referirme a que la asimilación al hurto da en pensar en una equivalencia de los bienes jurídicos protegidos más que discutible (piénsese que en determinadas ocasiones se puede poner también en peligro la eficacia de las Fuerzas Armadas); en este sentido era mejor la fórmula del Proyecto al proponer como criterios de deslinde que "el valor fuera de ínfima cuantía o el hecho revistiera escasa entidad", con los que se podía medir mejor la antijuricidad; se podrá decir que estos eran unos criterios indeterminados, pero no pienso que, al tamiz conjunto de las Autoridades disciplinarias y judiciales, quebrará en modo alguno la seguridad jurídica; el criterio al fin adoptado, con las ventajas técnicas de no precisar modificación de cuantía, implica una aleatoriedad y hasta algo de capricho en la determinación de la gravedad de lo injusto.

(72) En atención a la naturaleza de la pena (artículo 890 del Código de Justicia Militar).

(73) Ver, por todos, Antón Oneca, J., ob.cit., pág. 108; y Casabó Ruiz, J.R., ob. cit., págs. 55 y ss.

Esta cláusula, que ya no se reflejó en la reforma urgente y parcial de 1983, tampoco figura en el Código penal militar; si a este hecho añadimos que en realidad entre el fraude de Código de Justicia Militar y sus casi paralelos delitos de los artículos 195 y 196 del penal militar se ha producido, en algunos supuestos, cambio valorativo (74), debe defenderse que las condenas por fraudes del artículo 403 (5º) inferiores a 30.000 pesetas no son susceptibles de fundamentar reincidencia (75) y que podrán ser atendidas las solicitudes de aplicación retroactiva tendentes a la cancelación de la nota.

Para finalizar abordaré, limitándome al enunciado y sucinto comentario, la cuestión relativa a la posible aplicación (retroactiva favorable) de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 14/1985, cuya básica finalidad ha sido trasvasar al Código penal común determinadas incriminaciones que, contempladas en el Código de Justicia Militar, aunque no de forma exactamente igual, sin embargo han quedado extramuros del Código penal militar.

Son estas unas disposiciones que, sometidas al régimen de los artículos 23 y 24 del Código penal, resultan en parte de más dureza que las anteriores y que, como hipotética aplicación retroactiva, en la práctica sólo se me ocurre quepa respecto de la rebelión ocurrida el día 23 de febrero de 1981.

Por dicha concreción del tema estimo inoportuno pronunciarme sobre la posible retroactividad favorable, pero sí quiero dejar constancia, una vez obviado el aspecto substantivo, de que la ley no ha resuelto (76) qué órgano jurisdiccional deberá pronunciarse en la ocasión de que se plantee una petición al respecto (77); repárese en que el órgano que fue competente ha dejado, hacia los hechos futuros, de tener competencia objetiva, pero con carácter general debe entenderse que esta, una vez dictada sentencia, se extiende a todas las incidencias que surgan en la ejecución, de modo que, si se estima incidencia resolver sobre la aplica-

(74) En tanto que el límite de 3.500 pesetas fijado en 1980 se establece ahora en 30.000, y la inflación no ha seguido el ritmo correspondiente.

(75) Los supuestos se plantearían, casi siempre, respecto a delitos comunes en los que pueda concurrir la agravante, y deberán ser resueltos por la Jurisdicción Ordinaria.

(76) Si ha resuelto en cambio el lugar de cumplimiento de las penas en la disposición transitoria quinta del Código Penal Militar.

(77) Órgano que, aplicando por analogía la disposición transitoria segunda del Código penal militar, podría plantearse la rectificación de oficio, pero el problema previo sigue siendo el mismo, ¿qué órgano jurisdiccional se lo plantea?

ción retroactiva de la nueva ley, de los artículos 985 y 986 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se desprende como Tribunal competente el que hubiera dictado la sentencia casada (78).

(78) De otro modo se complicaría el problema por cuanto, sobre la base (irreal) de que sería competente si los hechos hubieran ocurrido a partir de 1 de junio de 1986, un determinado órgano judicial se atribuiría la competencia, lo que a su vez podría ser objeto de controversia entre distintos Tribunales, con el consiguiente perjuicio para quienes esperan la tangibilidad de la posible aplicación favorable de la nueva ley. Ni que decir tiene que otro tipo de complicaciones derivarían si, decidida la competencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, este desaparece tal y como se ha proyectado, en cuyo caso habría que extender la competencia al órgano que se cree en su sustitución.